

Comitato scientifico:

Simone ALECCI (Magistrato) - Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Mauro BOVE (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLOTTI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella DELIA (Magistrato) - Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Roberto MARTINO (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Francesca PROIETTI (Magistrato) - Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di sezione, Suprema Corte di Cassazione) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) - Antonella STILO (Magistrato, Presidente di sezione) - Antonio URICCHIO (Professore ordinario di diritto tributario, Magnifico Rettore) - Antonio VALITUTTI (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

Nuova responsabilità civile del sanitario: riparto dell'onere probatorio tra vicinanza della prova e attività pericolosa¹

Articolo di **Luigi VIOLA**

Sommario: 1. Introduzione 2. Il nuovo modello di responsabilità del sanitario 3. Obbligazioni del solo proponente 4. Il problema dell'onere probatorio 4.1. La tesi della natura giuridica 4.2. La tesi della vicinanza della prova 4.3. La tesi dell'attività pericolosa 5. Conclusioni e tesi preferibile

1. Introduzione

In data 28.2.2017, la Camera dei Deputati ha approvato in via definitiva il testo unificato delle proposte di legge: *disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale*

¹ Articolo estratto dal VIOLA, [La nuova responsabilità sanitaria](#), DirittoAvanzato, Milano, 2017.

degli esercenti le professioni sanitarie²; il testo di legge de quo n. 24 del 8.3.2017, è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 17.3.2017, n. 64: la legge entra in vigore dal 1.4.2017.

Il testo (riguardante non solo il medico, ma tutte le professioni sanitarie³) è diviso in 18 articoli; l'art. 7⁴, rubricato *responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria*, recita al comma 2 che l'esercente la professione sanitaria *risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente*⁵.

La norma è strutturata secondo un rapporto di regola ad eccezione, come desumibile dall'inciso "salvo che":

-la regola è che il sanitario risponde ex art. 2043 c.c.;

-l'eccezione è che il sanitario risponderà ex art. 1218 c.c.

² Tra i primi commenti, si vedano IANNONE, [La responsabilità medica dopo la riforma Gelli](#), in *La Nuova Procedura Civile*, 2, 2017; MEI, [Responsabilità sanitaria e risoluzione stragiudiziale, dopo la c.d. riforma Gelli approvata in via definitiva](#), in *La Nuova Procedura Civile*, 2, 2017; SPINA, [Il nuovo regime processuale della responsabilità sanitaria 2017](#), in *La Nuova procedura Civile*, 2, 2017;; TODESCHINI, *Approvata la nuova legge sulla responsabilità medica: cosa cambia rispetto alla "Balduzzi"*, in *Quotidianogiuridico.it*, 2017; VALERINI, *Le nuove norme processuali per le azioni per il risarcimento danni per responsabilità sanitaria*, in *Dirittoegiustizia.it*, 2017;

³ Le professioni sanitarie in senso stretto sono: farmacista ex d.lgs. 258/1991, medico chirurgo ex d.lgs. 368/1999, odontoiatra ex l.409/1985, veterinario ex l. 750/1984, psicologo ex l. 56/1989; sussistono anche professioni sanitarie infermieristiche ex l. 905/1980 e ostetrici ex l. 296/1985, nonché infermiere pediatrico ex d.l. 70/1997; a queste si aggiungono le professioni sanitarie riabilitative, nonché professioni tecnico-sanitarie (di area tecnico-diagnostica e tecnico-assistenziale); sembra possano essere escluse dall'ambito applicativo della riforma l'operatore di interesse sanitario (l. 403/1971 e l. 43/2006) e le arti ausiliari delle professioni sanitarie (massaggiatore, ottico, odontotecnico, puericultrice) perché non esercenti professioni sanitarie secondo il dettato dell'art. 7.

⁴ L'intero art. 7, così recita:

1. *La struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose.*

2. *La disposizione di cui al comma 1 si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina.*

3. *L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'articolo 5 della presente legge e dell'articolo 590-sexies del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della presente legge.*

4. *Il danno conseguente all'attività della struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata, e dell'esercente la professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, integrate, ove necessario, con la procedura di cui al comma 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti alle attività di cui al presente articolo.*

5. *Le disposizioni del presente articolo costituiscono norme imperative ai sensi del codice civile.*

⁵ E' prevista la possibile di azionare la propria pretesa direttamente verso l'assicurazione, ex art. 12, ma l'entrata in vigore è rinviata a centoventi giorni dall'entrata in vigore della legge de qua; il comma 6 dell'art. 12, infatti, rinvia al comma 6 dell'art. 10, in punto di entrata in vigore.

2. Il nuovo modello di responsabilità del sanitario

Viene sovvertita l'impostazione fino ad oggi seguita:

-per la giurisprudenza⁶, quasi unanime, e parte della dottrina⁷, il sanitario, inserito in una struttura pubblicata o privata⁸, poteva essere chiamato a rispondere del proprio operato a titolo di responsabilità contrattuale derivante da contatto sociale qualificato, trovando linfa legittimante principalmente negli artt. 1218 c.c. (che menziona l'inadempimento, senza identificarne la derivazione contrattuale) e 1173 c.c. (laddove si parla di altri atti o fatti idonei a produrre obbligazioni);

-oggi, l'esercente la professione sanitaria risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 c.c., salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente⁹.

La regola, in pratica, è che il sanitario, pur inserito nella struttura pubblica o privata, sarà chiamato a rispondere del proprio *agere* per la via dell'art. 2043 c.c.; se c'è un'obbligazione contrattuale assunta, diversamente ed eccezionalmente, il sanitario risponderà secondo il modello dell'art. 1218 c.c. (sarà onere del danneggiato-paziente dare la prova del contratto, secondo il tradizionale modello¹⁰ di riparto dell'onere probatorio).

⁶ Tra le più recenti, Cassazione civile, sezione terza, sentenza del 27.11.2015, n. 24220, in *CED Cassazione*, 2015; Cassazione civile, sezione terza, sentenza del 8.11.2016, n. 22639, in *Quotidianogiuridico.it*, 2016. Si legge in Cassazione civile, sezione terza, sentenza del 22.1.1999, n. 589, in *Foro It.*, 1999, I, 3332 con nota di DI CIOMMO, LANOTTE che *la responsabilità del medico dipendente ospedaliero deve qualificarsi contrattuale, al pari di quella dell'ente gestore del servizio sanitario, non già per l'esistenza di un pregresso rapporto obbligatorio insorto tra le parti, bensì in virtù di un rapporto contrattuale di fatto originato dal "contatto" sociale.*

⁷ Per approfondimenti, CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, 147; FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004; SCOGNAMIGLIO, *Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2016, 11, 1515; VIOLA-TESTINI, *La responsabilità da contatto con la Pubblica Amministrazione*, Matelica (MC), 2005; ZACCARIA, *La resistibile ascesa del contatto sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 77.

⁸ BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 2010; CATALDI-MATRICARRI-ROMANELLI-VAGNONI-ZATTI, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2015; CHINDEMI, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria pubblica e privata*, Pistoia, 2014; D'APOLLO, *La responsabilità del medico*, Torino, 2012; GIORDANO, *La responsabilità del medico*, Milano, 2013; VIOLA-MARSEGLIA, *La responsabilità penale e civile del medico*, Matelica (MC), 2007.

⁹ Per approfondimenti stimolanti, PERLINGIERI *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, 189; per un'applicazione particolare si veda BISCONTINI, *Interruzione della gravidanza e tutela della maternità*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 5.

¹⁰ *In tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c. (risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poichè il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione). Anche nel caso in*

3. Obbligazioni del solo proponente

Il legislatore sembra aver voluto estendere la responsabilità contrattuale anche alle obbligazioni del solo proponente ex art. 1333 c.c.; ciò sembra potersi desumere dai rilievi che:

-si legge "obbligazione contrattuale assunta con il paziente", così da lasciar intendere un'assunzione di responsabilità in capo solo a una o ad alcune delle parti; non è scritto "obbligazione contrattuale conclusa con il paziente" oppure genericamente "obbligazione contrattuale"; *id est* l'inciso "assunta" sembra legittimare un'estensione della disposizione *de qua* anche ai contratti con obbligazioni del solo proponente;

-all'inciso "assunta" deve esser dato uno specifico rilievo, al fine di rispettare il *dictum* dell'art. 12 delle Preleggi, che assegna all'interpretazione letterale una posizione gerarchicamente sovraordinate rispetto ad altre¹¹, pur legittime (in formula matematica¹², l'interpretazione letterale è maggiore di quelle secondarie);

-dalla natura del rapporto giuridico medico-paziente, dove la prestazione principale (di *facere*) è in capo ad un soggetto, quale il medico, soprattutto in caso di professionista sanitario operante nell'ambito pubblico.

Altresì, oggi, sembra vietato all'interprete ricostruire il rapporto sanitario-cliente (paziente) come da contatto sociale¹³ in quanto:

cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento; così si esprime Cass. civ. Sez. Unite, 30-10-2001, n. 13533, in Foro It., 2002, I, 770 con nota di LAGHEZZA.

¹¹ Per Cassazione civile, sezione lavoro, sentenza del 26.01.2012, n. 1111, in *Overlex.com*, 2012, è fondamentale canone di ermeneutica, sancito dall'art. 12 preleggi, che la norma giuridica deve essere interpretata, innanzi tutto e principalmente, dal punto di vista letterale, non potendosi al testo "attribuire altro senso se non quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse", pertanto, nell'ipotesi in cui l'interpretazione letterale di una norma di legge sia sufficiente ad individuarne, in modo chiaro ed univoco, il relativo significato e la connessa portata precettiva, l'interprete non deve ricorrere al criterio ermeneutico sussidiario costituito dalla ricerca, merce l'esame complessivo del testo, della *mens legis*, specie se, attraverso siffatto procedimento, possa pervenirsi al risultato di modificare la volontà della norma, così come inequivocabilmente espressa dal legislatore; soltanto qualora la lettera della norma medesima risulti ambigua (e si appalesi altresì infruttuoso il ricorso al predetto criterio ermeneutico sussidiario), l'elemento letterale e l'intento del legislatore, insufficienti in quanto utilizzati singolarmente, acquistano un ruolo paritetico in seno al procedimento ermeneutico, cosicché il secondo funge da criterio comprimario e funzionale ad ovviare all'equivocità del testo da interpretare.

¹² Sia consentito il rinvio a VIOLA, [Alla ricerca dell'equazione interpretativa perfetta \(commento all'art. 12 Preleggi\)](#), in *La Nuova Procedura Civile*, 1, 2017, dove si afferma che l'art. 12 esprime una formula matematica di una disequazione di primo grado ($IL \geq IR \geq AL \geq AI$), da cui è desumibile l'equazione dell'interpretazione perfetta ($IP = IL + IS \Leftrightarrow IL = IS$).

Lo studio completo di detta equazione (in fase di completamento) può essere rinvenuto sul sito della *Scuola di Diritto Avanzato*, all'url:

<http://www.scuoladirittoavanzato.com/2016/11/08/equazione-dellinterpretazione-perfetta-il-al-ai/>

¹³ In questo senso, anche IANNONE, cit.

-la responsabilità del sanitario è ex art. 2043 c.c. oppure da "obbligazione contrattuale assunta"; la fonte dell'obbligazione appare essere l'illecito oppure il contratto e non altri atti o fatti idonei, ex art. 1173 c.c.;

-tali tipologie di responsabilità sono espressione di disposizioni a carattere imperativo, ex art. 7 comma 5 della riforma *de qua*.

Sembra altresì definitivamente potersi escludere che il contratto atipico di ospedalità, concluso con la struttura sanitaria, possa contenere una riserva di nomina del terzo, ex art. 1401 c.c., che poi sarebbe un sanitario, nominato per il tramite di criteri turnari e/o specialistici; l'esclusione oggi deriva da almeno questi due argomenti:

-la struttura, pur nominato il sanitario, resta responsabile, diversamente dallo schema dell'art. 1401 c.c.;

-il paziente-cliente, di regola, non entra in un rapporto contrattuale con il sanitario, ma extracontrattuale ex art. 7 della legge *de qua*.

4. Il problema dell'onere probatorio

L'art. 7 dell'impianto normativo *de quo* nulla dice, *expressis verbis*, in ordine al riparto dell'onere probatorio, lasciando il problema all'interprete.

La *voluntas legis* della riforma, che si è mossa in una logica di riduzione dei problemi legati alla c.d. medicina difensiva¹⁴, come emerge dai lavori parlamentari¹⁵, sembra quella di voler aggravare la posizione del cliente-paziente danneggiato, allineandosi alla struttura della responsabilità da illecito ex art. 2043 c.c.

Nei casi di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043: chi dovrà dare la prova del fatto e cosa bisognerà provare?

4.1. La tesi della natura giuridica

L'art. 2697 c.c., che ha portata generale ed è anche regola di giudizio¹⁶, viene in soccorso all'interprete, chiarendo che i fatti costitutivi devono essere

¹⁴ Secondo PITTELLA, *Responsabilità professionale. Ora si vigili sulla sua applicazione*, in *Quotidianosanita.it*, 2017, è finalmente intervenuto il legislatore in materia garantendo in misura maggiore la tutela della salute anche attraverso un alleggerimento della posizione giuridica dell'operatore sanitario proprio per contrastare il fenomeno della medicina difensiva. La giurisprudenza già in occasione della riforma Balduzzi, di cui al d.l. n. 158/2012 convertito con legge n. 189/2012, aveva rilevato il problema della c.d. medicina difensiva; da ultimo, si veda Tribunale di Genova, sezione seconda, sentenza del 28.10.2016. Con l'art. 6 comma 2 della riforma *de qua* viene abrogato l'art. 3 comma 1 del d.l. n. 158/2012 convertito con legge n. 189/2012, laddove era scritto *l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo.*

La riforma Balduzzi aveva dato vita a contrastanti tesi sulla natura giuridica della responsabilità del medico: per una parte della giurisprudenza si trattava di responsabilità extracontrattuale ([Tribunale di Milano, sezione prima, sentenza del 17.7.2014](#), in *La Nuova Procedura Civile*, 5, 2014), per altra di responsabilità da contatto sociale ([Tribunale di Pisa, sentenza del 10.06.2015](#), in *La Nuova Procedura Civile*, 3, 2015), per altra andava valorizzato l'inciso "in tali casi" ([Tribunale Monza, sentenza del 30.03.2015](#), in *La Nuova Procedura Civile*, 3, 2015).

¹⁵ Si legge che con la previsione di una responsabilità extracontrattuale del sanitario, l'onere probatorio sarà tutto in capo al paziente e la prescrizione sarà quinquennale.

¹⁶ Così TARUFFO, *Onere della prova*, in *Digesto civ.*, XIII, Torino, 1996, 74; MICHELI, *L'onere*

provati¹⁷ da colui che agisce in giudizio, fermo restando¹⁸ che ciò non comporta che la prova dei fatti costitutivi della domanda debba desumersi unicamente da quanto dimostrato dalla parte onerata, senza potersi utilizzare altri elementi acquisiti al processo, poiché esso assolve alla limitata funzione di individuare la parte che deve risentire delle conseguenze del mancato raggiungimento della prova dei fatti della cui prova è gravata.

La prova è anche agevolata per merito della disciplina della non contestazione e delle nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza¹⁹, ex art. 115 c.p.c.

Alla luce di tale quadro, pertanto:

-nei casi di responsabilità extracontrattuale del sanitario, che è la regola, il paziente dovrebbe provare il danno, il nesso causale²⁰, un *minimum* di coefficiente psichico²¹;

-nei casi di responsabilità contrattuale del sanitario, che è l'eccezione per come scritto l'art. 7 di cui si discorre, l'attore, paziente danneggiato, dovrebbe soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il sanitario dovrà provare l'esatto adempimento²²; esattamente, ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore, paziente danneggiato, dovrebbe limitarsi a provare l'esistenza del contratto e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore stesso dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante.

In sostanza: per risolvere il problema dell'individuazione del riparto dell'onere probatorio, bisognerebbe guardare la natura giuridica della responsabilità.

I casi di responsabilità extracontrattuale ben potrebbero rivenirsi, esemplificativamente, negli interventi d'urgenza o, comunque, in stato di incoscienza della vittima; diversamente, i casi di responsabilità contrattuale ben si potrebbero rinvenire quando il sanitario viene scelto dal paziente, che

della prova, Padova, 1966, 177.

¹⁷ Precisa Cassazione civile, sezione prima, sentenza del 10.11.2005, n. 21831, in *Giur. It.*, 2006, 4, 747, che *l'onere della prova di cui è gravato chi agisce o resiste in giudizio non subisce deroghe neppure quando abbia ad oggetto fatti negativi: in tal caso la prova può essere data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario, od anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo.*

¹⁸ Cassazione civile, sezione terza, sentenza del 18.4.2006, n. 8951, in *CED Cassazione*, 2006.

¹⁹ STAIANO, Commento *Sub* art. 115 c.p.c., in VIOLA (a cura di), *Codice di procedura civile*, Padova, 2016.

²⁰ *In tema di nesso di causalità, l'autonomia del processo civile rispetto a quello penale si riflette anche in materia probatoria, vigendo in quest'ultimo la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio", mentre nel primo trova applicazione quella della preponderanza dell'evidenza o "del più probabile che non";* così, da ultimo Cassazione civile, sezione prima, sentenza del 25.1.2017, n. 1939; Cassazione civile, sezione prima, sentenza del 14.12.2016, n. 25732; Cassazione civile, sezioni unite, sentenza del 11.1.2008, n. 576, in *Corriere del Merito*, 2008, 6, 694 con nota di TRAVAGLINO.

²¹ L'art. 2043 c.c. parla di "*fatto doloso o colposo*", così escludendo un'imputazione esclusivamente oggettiva.

²² Cassazione civile, sezioni unite, sentenza del 30.10.2001, n. 13533, in *Nuova Giur. Civ.*, 2002, I, 349 con nota di MEOLI. Da ultimo, si veda Cassazione civile, sezione terza, sentenza del 20.10.2015, n. 21177, in *Quotidianogiuridico.it*, 2015, con nota di BIARELLA.

firma anche il consenso informato, oppure quando vi è una preparazione all'intervento, sulla falsariga della trattativa ex art. 1337 c.c., ecc.

4.2. La tesi della vicinanza della prova

In effetti, le regole tradizionali impongono il riparto probatorio come sopra evidenziato, nell'ambito della tesi della natura giuridica.

Tuttavia, è pur vero che ciascuna disposizione deve allinearsi ai principi generali dell'ordinamento, compresi quelli costituzionali; se così è, allora l'art. 2697 c.c. e l'art. 7 della normativa *de qua* devono allinearsi con l'art. 24 Cost., che predica che il diritto di difesa è inviolabile.

Ebbene: se la difesa è inviolabile, allora non è possibile restringere troppo l'onere probatorio fino a comprimere detta difesa; l'onere probatorio del paziente danneggiato non può pesare così tanto da divenire troppo oneroso o addirittura impossibile (come, esemplificativamente, nel caso di cartelle mediche non facilmente decifrabili o incomplete²³).

In questo caso, al fine di non vulnerare l'art. 24 Cost., l'onere probatorio dovrebbe gravare su chi è più agevolato a dare la prova del fatto, positiva o negativa che sia, almeno legittimando il paziente danneggiato a fare pieno ricorso alle presunzioni²⁴.

La stessa giurisprudenza²⁵, nei casi di difficoltà probatoria, ha affermato che per il principio²⁶ della vicinanza della prova²⁷, ben può essere il sanitario

²³ Per Cassazione civile, sezione terza, sentenza del 8.11.2016, n. 22639, in *Quotidianogiuridico.it*, 2016, *la difettosa tenuta della cartella clinica non vale ad escludere la sussistenza del nesso eziologico tra la colposa condotta del medico e le conseguenze dannose sofferte dal paziente, ove risulti provata la idoneità di tale condotta a provocare il danno, ma consente anzi il ricorso alle presunzioni, assumendo rilievo, al riguardo, il criterio della "vicinanza alla prova", cioè della effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla*. Si veda anche OCCORSIO, *Cartella clinica e vicinanza della prova*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, 5, 11249.

²⁴ Per Cassazione civile, sezione terza, sentenza del 10.1.2017, n. 252, è *legittimo il ricorso alle presunzioni, in difetto di predisposizione (o anche solo di produzione in giudizio), da parte della struttura sanitaria, della documentazione obbligatoria sulla tracciabilità del sangue trasfuso al singolo paziente, e ciò in applicazione del criterio della vicinanza della prova*.

²⁵ Tribunale di Rimini sentenza del 4.11.2016; Cassazione civile, sezione terza, sentenza del 20.10.2014, n. 22222, in *Foro It.*, 2015, 2, 1, 521.

²⁶ Si legge in FRANZONI, *La vicinanza della prova, quindi...*, in *Contratto e Impr.*, 2016, 2, 360, che *un'ampia rassegna di giurisprudenza sull'uso del principio di vicinanza della prova riassume le diverse posizioni assunte sull'argomento: in alcune pronunce si ha l'impressione che la vicinanza della prova sia una vera e propria regola, in altre si pone come ratio decidendi alternativa alla motivazione che di per sé sola potrebbe legittimare il decisum; in altre decisioni, invece, il ragionamento è capovolto, si muove dalla vicinanza della prova per arrivare implicitamente ad una pronuncia che può essere motivata altrimenti; in altri casi, la vicinanza è impiegata per spiegare il criterio di riparto dell'onere della prova oppure viene intesa come sinonimo di onere della prova. Resta tuttavia il dubbio sulla natura del principio e sulla sua funzione, e si sollevano riserve sul fatto che esso indichi una regola vera e propria*.

²⁷ Storicamente, il principio della vicinanza della prova è stato ampiamente utilizzato per alleggerire l'onere probatorio gravante sul paziente; rileva PONZANELLI, *La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa*, in *Danno e Resp.*, 2016, 8-9, 816, che *in virtù del generale principio della vicinanza della prova, si è trasferito sulla struttura sanitaria e sul medico l'onere della prova di dimostrare il rispetto delle regole dell'ente e dei relativi protocolli. E aver posto la vicinanza della prova sul professionista e sulla struttura significa, evidentemente, estendere l'area di responsabilità del professionista anche nei casi spesso frequenti di causalità incerta*.

(debitore) onerato di fornire la prova, in quanto rientrante nella sua sfera di dominio, in misura tanto più marcata quanto più l'esecuzione della prestazione consista nell'applicazione di regole tecniche sconosciute al creditore, essendo estranee alla comune esperienza, e viceversa proprie del bagaglio del debitore come nel caso specializzato nell'esecuzione di una professione protetta.

Il principio di elaborazione giurisprudenziale di "vicinanza alla prova" trova uno spazio operativo in quelle ipotesi in cui la prova è di difficile dimostrazione per un comportamento ascrivibile al responsabile contro il quale il fatto da provare è invocato²⁸: con l'applicazione di tale criterio tecnico l'onere probatorio viene, dunque, posto a carico della parte prossima alla fonte di prova.

Tale tesi è sostenibile perché:

-conforme comunque al *dictum* dell'art. 2697 c.c. perché l'inciso "*i fatti che ne costituiscono il fondamento*" non nega la possibilità di collegarsi a presunzioni²⁹;

-le presunzioni, ex artt. 2727-2729 c.c., legittimano il giudice a risalire dal fatto noto a quello ignorato, con la conseguenza che può essere presunta, causalmente, la responsabilità del danno, in seguito a prova del danno fornita dal paziente-danneggiato, anche per il tramite del c.d. *id quodque plerumque accidit* basato sulla comune esperienza, ex art. 115 comma 2 c.p.c.

-altresì allineata al principio di inviolabilità del diritto di difesa, ex art. 24 Cost., visto in una dimensione funzionale.

Accogliendo tale ricostruzione, ben si potrebbe prescindere dal riparto dell'onere probatorio basato sulla natura giuridica della responsabilità, ma verificando, in concreto e caso per caso, la maggiore vicinanza alla prova di una parte rispetto ad altra, con il corollario pratico che, per lo più, l'assenza di nesso di causalità dovrà essere provato dal sanitario.

4.3. La tesi dell'attività pericolosa

Si potrebbe anche valorizzare l'art. 2050³⁰ c.c., che impone la prova di "*avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno*" in capo al danneggiante: nel caso di responsabilità dell'esercente una professione sanitaria, sarebbe proprio quest'ultimo il danneggiante³¹.

Si veda anche Cassazione civile, sezioni unite, sentenza del 11.1.2008, n. 577, in *La responsabilità civile*, 2008, p. 687, con nota di DRAGONE, *Le sezioni unite, la "vicinanza alla prova" e il riparto dell'onere probatorio*.

²⁸ PETRUZZI, *Danno da nascita indesiderata e omessa diagnosi: prova del nesso causale*, in *Danno e resp.*, 2014, 1062.

²⁹ Parte della dottrina chiarisce che l'inversione dell'onere probatorio non deve essere confuso con il riparto dello stesso; *il riparto è cosa diversa dall'inversione dell'onere della prova ottenuto in conseguenza magari di un esplicito patto (art. 2698 c.c.) oppure in esecuzione di una presunzione legale relativa; così PATTI, Prove, in Comm. SCIALOJA-BRANCA-GALGANO (diretto da DE NOVA), Libro VI, Della tutela dei diritti, art. 2697-2739, Bologna-Roma, 2015, sub art. 2697, 124.*

³⁰ Per approfondimenti, BIANCA, *Diritto civile, La responsabilità*, V, Milano, 1994; RECANO, in CENDON (a cura di), *La responsabilità civile*, Torino, 1998; FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato FRANZONI*, Milano, 2004; SALVI, *La responsabilità civile*, in *Trattato IUDICA-ZATTI*, Milano; VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996; RONGA, *Le varie ipotesi di responsabilità cosiddetta da "contatto sociale"*, in VIOLA (a cura di), *La responsabilità civile ed il danno*, 1, Matelica (MC), 2007, 90.

³¹ *Ai fini del riconoscimento della sussistenza della responsabilità da atto illecito ricollegabile all'esercizio di attività pericolosa e del conseguente danno è necessaria l'esistenza del nesso di*

Tale tesi si basa sui seguenti rilievi:

-l'attività del sanitario è pericolosa "per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati", ex art. 2050 c.c., incidendo su diritti inviolabili della persona umana come la salute, ex art. 24 Cost.;

-se la responsabilità del sanitario è, di regola ex art. 7, *aquiliana*, allora è legittimo collegarla alla disciplina extracontrattuale del codice civile;

-permette di salvaguardare il diritto inviolabile alla difesa, ex art. 24 Cost.

5. Conclusioni e tesi preferibile

Le tesi della natura giuridica e della responsabilità da attività pericolosa non sono totalmente condivisibili; ciò in quanto:

-la tesi della natura giuridica rischia di vulnerare il diritto inviolabile alla difesa, ex art. 24 Cost. (principio generale dell'ordinamento), nonché i meccanismi di presunzione, nascenti essenzialmente da una lettura combinata degli artt. 2727-2729 c.c. con l'art. 115 c.p.c.;

-la tesi dell'attività pericolosa, invero, rischia di vulnerare lo stesso dato letterale del più volte citato art. 7 perché questo menziona espressamente l'art. 2043 c.c. e non una generica responsabilità extracontrattuale né l'attività pericolosa dell'art. 2050 c.c., mentre la lettera della legge va privilegiata in sede interpretativa³²; se il legislatore avesse voluto parlare di responsabilità da attività pericolosa, lo avrebbe fatto espressamente, valendo il brocardo-principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

Diversamente, appare più condivisibile la tesi della vicinanza della prova perché:

-coerente con la lettera della legge di cui all'art. 7, che nulla dice espressamente in ordine al riparto dell'onere probatorio;

-compatibile anche con la *ratio* sottesa alla riforma, che ha inteso ridurre il problema della c.d. medicina difensiva; infatti, se si guarda la normativa nel complesso³³, la posizione del sanitario è meno esposta a possibili azioni risarcitorie rispetto a prima: oggi la prescrizione predicabile sarà di regola quinquennale, per merito del regime *aquiliano*, e non decennale, come avveniva *ante* riforma per il tramite della tesi del contatto sociale;

-coerente con il complesso di norme in tema di presunzioni, ex artt. 2727-2729 c.c. ed art. 115 c.p.c.;

-coerente con i principi a carattere generale, tra cui cui brilla per rilevanza l'art. 24 Cost.

causalità tra l'attività pericolosa stessa e l'evento di danno, riconducibili all'esercente; tale nesso deve consistere in una relazione diretta tra danno e rischio specifico dell'attività pericolosa o dei mezzi adoperati, giacché, diversamente, il danno cagionato può essere riconosciuto solo in base al criterio generale dell'art. 2043 cod. civ., se ne ricorrono i presupposti di applicazione (Cassazione civile, sezione terza, sentenza del 21.10.2005, n. 20359, in CED Cassazione, 2005).

³² In base all'art. 12 Preleggi; l'art. 12 esprime una formula matematica di una disequazione di primo grado ($IL \geq IR \geq AL \geq AI$), da cui è desumibile l'equazione dell'interpretazione perfetta ($IP = IL + IS \Leftrightarrow IL = IS$); per approfondimenti, si rinvia di nuovo a VIOLA, [Alla ricerca dell'equazione interpretativa perfetta \(commento all'art. 12 Preleggi\)](#), in *La Nuova Procedura Civile*, 1, 2017.

³³ Se si considera che il danneggiato avrà anche un'azione diretta verso l'assicurazione, ex art. 12, allora lo spettro della medicina difensiva appare ancora più lontano.